

# 407. Het Skypetestament

PROF. MR. T.J. MELLEMA-KRANENBURG

In coronatijd denken mensen, ziek of niet ziek, vaker aan een testament dan in 'normale' tijden. We zien dan ook dat notarissen de laatste maanden meer testaments en levenstestamenten hebben gemaakt dan in vorige jaren in dezelfde periode.<sup>1</sup> Daarbij spelen in de praktijk echter verschillende problemen in deze tijd: kunnen de mensen wel naar het kantoor van de notaris komen en als dat niet kan, op welke wijze kan dan alsnog hun uiterste wil worden vastgelegd? Biedt Skype of een ander tweezijdig audiovisueel hulpmiddel wellicht een uitkomst?

## 1. Inleiding

Zolang de cliënt nog zelf naar kantoor kan komen, kan met inachtneming van de voorschriften van het RIVM de akte op kantoor worden gepasseerd. Gelukkig hebben de meeste notariskantoren grote spreekkamers zodat het anderhalve meter afstand houden gemakkelijk kan worden gerealiseerd. De pen kan van huis worden meegenomen of voor eenmalig gebruik worden verstrekt. Alleen het kopje koffie zal veelal gemist moeten worden. Misschien nog wel in een papieren bekertje.

### Het vaststellen van de wilsbekwaamheid is bij Skypetestamenten een lastig punt

Is het buiten coronatijd wenselijk op zijn minst één bespreking op kantoor te houden alvorens het testament wordt getekend, in coronatijd heeft het de voorkeur dat de cliënt zo min mogelijk op kantoor verschijnt. Maar de notaris dient wel aan zijn 'Belehrungspflicht' te voldoen. Hij dient de testateur de inhoud van de akte goed uit te leggen en zich ervan te overtuigen dat de cliënt begrijpt wat de gevolgen van de akte zijn.<sup>2</sup> Op zichzelf is dat geen groot probleem gezien het onuitputtelijk aantal audiovisuele middelen dat ons ten dienste staat. Inmiddels heb ik geskypet, met Teams en Zoom gewerkt, nog daargelaten FaceTime, WeSeeDo en Whereby. Maar is dat allemaal wel veilig genoeg? Bovendien, als ook het tekenen via de moderne communicatiemiddelen moet gebeuren, hoe kan dat gerealiseerd worden zonder de testateur 'live' in de ogen te hebben gekeken?

<sup>1</sup> Zie Notariaatmagazine mei 2020, p. 17.

<sup>2</sup> Art. 43 Wna.

In dit artikel zal ik nagaan wat het wettelijk kader is voor het maken van een testament en wat dat betekent in coronatijd. Vervolgens zal ik aandacht besteden aan de noodwetgeving die op 24 april 2020 in werking is getreden, of die wetgeving een wenselijke aanvulling op de bestaande wetgeving is en of we van de in de noodwet gevolgde werkwijze in de toekomst wellicht blijvend gebruik kunnen maken.

## 2. De voor 24 april bestaande wetgeving

Hoofddregel is dat een testament of, zoals de wettelijke terminologie is, de uiterste wil, alleen gemaakt kan worden in een notariële akte die ten overstaan van een notaris is getekend (art. 4:94 BW).<sup>3</sup> Daarnaast is er nog het depottestament, een onderhandsgemaakte akte die bij de notaris in bewaring wordt gegeven en waarvan de notaris een depotakte maakt (art. 4:95 BW). Ook de depotakte moet door de testateur persoonlijk worden getekend (art. 4:95 lid 3 BW).<sup>4</sup>

### Op basis van de bestaande wetgeving was het niet mogelijk een Skypetestament te maken

In de praktijk is de vraag gesteld of het op basis van deze wetgeving niet mogelijk zou moeten zijn dat bij een zorg-

<sup>3</sup> Daarnaast is er natuurlijk nog het codicil. Dat is een handgeschreven, gedateerd en ondertekend stuk, waarbij een testateur een beperkt aantal goederen, zoals inboedelgoederen en lijfsieraden, kan nalaten (art. 4:97 BW).

<sup>4</sup> De uiterste wil noch de depotakte kan bij volmacht worden getekend. Zie hierover ook P. Blokland e.a., 'Coronacrisis: nood eist wet!', *FTV* 2020/2, p. 7-8.

vuldige voorlichting over de inhoud van het testament, bijvoorbeeld via Skype, toch op afstand een geldig testament gemaakt zou kunnen worden. Zo stelt F.W.J.M. Schols in *EstateTip*<sup>5</sup> dat het bij een zorgvuldig tot stand gekomen Skypetestament naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een beroep wordt gedaan op de nietigheid die het gevolg is van niet-nakoming van de (eventuele) vormvoorschriften. Maar het gaat hier wel om dwingendrechtelijke wettelijke voorschriften die bepalen dat een dergelijk testament nietig is en die voorschriften zet je mijns inziens ook met een beroep op de redelijkheid en billijkheid mijns niet zo snel opzij.

Ten slotte verklaart art. 4:102 BW bepaalde personen bevoegd wanneer de notaris op bepaalde plaatsen niet kan komen ten gevolge van diverse oorzaken zoals besmettelijke ziekten. Dat artikel biedt in geval van corona echter geen soelaas, omdat de daar genoemde personen, zoals een burgemeester of een officier van justitie of wie dan ook evenmin als de notaris bij het coronaslachtoffer kunnen komen.

De conclusie is dus dat de tot 24 april bestaande wetgeving geen oplossing biedt voor de problemen in coronatijd. Met name het voorschrift van het in persoon aanwezig zijn bij het tekenen van de akte en de zorgvuldige voorlichting zijn het probleem wanneer de testateur letterlijk en figuurlijk onbereikbaar is.

### 3. De tijdelijke wet COVID-19

Het Ministerie van Justitie en Veiligheid heeft daarom wetgeving gemaakt die wel tot oplossingen zou kunnen leiden. Bij Koninklijk Besluit van 24 april 2020 is per 24 april 2020 in werking getreden de Wet van 22 april inhoudende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19. De wet heeft de benaming gekregen Tijdelijke wet COVID-19. Het gaat dus om een tijdelijke wet die in principe geldt tot 1 september 2020, maar waarvan verlenging mogelijk is met een termijn van ten hoogste twee maanden na het tijdstip waarop de wet zou vervallen (art. 35 Tijdelijke wet COVID-19).

#### Personen die voor een Skypetestament in aanmerking komen zijn de techniek van het skypen vaak niet meester

De wet heeft op grond van art. 35 lid 2 grotendeels terugwerkende kracht tot 16 maart 2020.<sup>6</sup> De wet regelt tijdelijke voorzieningen om het rechtsverkeer in coronatijd

zoveel mogelijk gaande te houden. In de wet is regelgeving vastgelegd betreffende onder meer gerechtelijke procedures in burgerlijke en bestuursrechtelijke zaken, strafzaken, vreemdelingenzaken, besluitvorming bij rechtspersonen en de verslaglegging daarvan, en het maken van testamenten met audiovisuele middelen.

Het Skypetestament is geregeld in art. 26 Tijdelijke wet COVID-19:

'1. Indien partijen bij een akte en eventuele andere personen niet in persoon bij de notaris kunnen verschijnen en voor het verlijden van de akte een onderhandse volmacht niet volstaat, kan de notaris, in afwijking van artikel 102 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, voor de toepassing van artikel 43, vierde lid, van de Wet op het notarisambt, de akte verlijden met gebruikmaking van tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen. Hiervan maakt de notaris melding in de akte.

2. Een audiovisueel communicatiemiddel als bedoeld in het eerste lid voldoet aan de eis dat het de notaris in staat stelt de identiteit van partijen bij de akte of door hen gevolmachtigde personen en eventueel andere personen vast te stellen, en dat deze personen via dat communicatiemiddel direct met de notaris kunnen communiceren.'

Het Skypetestament kent dus maar een beperkt toepassingsgebied.

Allereerst moet de persoon die een notariële akte wil tekenen niet in persoon bij de notaris kunnen verschijnen en dat geldt omgekeerd natuurlijk ook. Voor een met het coronavirus besmette patiënt is dat duidelijk. Maar ook de hoogbejaarde die zich in een verzorgingstehuis bevindt, kan wegens de coronamaatregelen niet naar de notaris toe. De notaris zal zich er eerst van moeten vergewissen of er geen noodoplossingen te realiseren zijn, zoals passeren voor het raam of door de brievenbus. Voor de cliënt die een kamer op de vierde verdieping van een verzorgingstehuis heeft, is dit ook lastig. Daarnaast moet het een akte betreffen waarvoor een onderhandse volmacht niet volstaat. Een akte inhoudende huwelijkse voorwaarden kan ook bij volmacht worden getekend (art. 1:115 lid 2 BW). Daarvoor is een Skypeakte dus niet nodig. Ik zeg daar onmiddellijk bij dat de notaris ook in dat geval wel aan de normale wettelijke regels is gebonden: hij zal er zeker van moeten zijn dat de akte de wil van beide partijen bevat en mogelijk zal hij dus ook hier gebruik maken van audiovisuele middelen, niet voor het tekenen, maar wel voor de Belehrung. Verder dienen aan de audiovisuele middelen hoge eisen te worden gesteld. Het in de ogen kijken via Skype valt nog niet altijd mee en nog veel moeilijker: hoe valt vast te stellen dat de testateur niet beïnvloed wordt door personen die zich ook in de kamer van de skypende testateur bevinden. De notaris kan dat niet zien op zijn vaak piepkleine schermje. Een probleem daarbij vind ik ook dat personen die voor een Skypetestament in aanmerking komen deze techniek veelal niet meester zijn en zelf de apparatuur niet kunnen inschakelen. Of ze zijn te ziek of ze zijn te oud. Zij hebben dus

5 F.W.J.M. Schols, 'De erfrechtelijke vorm ontbreekt: toch rechtsgevolgen? "De meest haalbare vorm van zekerheid en de redelijkheid en billijkheid"', *EstateTip* 2020/10, p. 3.

6 De datum waarop premier Rutte de 'intelligente lockdown' afkondigde.

steun nodig van de al zo overbelaste verpleging. Ik vrees dat dit element, het gebruiken van de audiovisuele communicatiemiddelen, tot problemen leidt.

Voorts is het toepassingsgebied beperkt tot personen die zich in Nederland bevinden. Op zichzelf is dat niet zo uitzonderlijk, want ook buiten coronatijd is de Nederlandse notaris niet bevoegd buiten de landsgrenzen akten te passeren. Deze zich in het buitenland bevindende personen kunnen gebruik maken van lokale mogelijkheden van het land waar zij zich bevinden. De vraag is natuurlijk wel hoe de notaris controleert of iemand in Nederland is als gebruik wordt gemaakt van een mobiele telefoon.<sup>7</sup> De notaris zal dat dus moeten controleren en misschien zelfs zekerheidshalve in de akte vermelden waar de testateur zich tijdens het verlijden van de akte bevindt.

Overigens is het in vele landen mogelijk qua vorm een handgeschreven testament te maken waarin de gehele nalatenschap wordt geregeld. Voor coronapatiënten zal dat waarschijnlijk geen wenselijke oplossing bieden, maar voor personen die ongewild in het buitenland verblijven zonder zelf corona te hebben, kan dat een praktische oplossing zijn.

### Skypetestamenten blijven tegen het advies van deskundigen in onbeperkt geldig

Een andere vraag is of de testamenten die gemaakt zijn op basis van de Tijdelijke wet COVID-19 duurzaam zijn, met andere woorden of ze ook na de COVID-19-pandemie hun geldigheid behouden. Wanneer we naar de in de voor 24 april 2020 in de wet geregelde noodtestamenten kijken dan hebben deze een beperkte geldigheidsduur. Art. 4:107 BW bepaalt namelijk:

*‘De uiterste willen, bedoeld in de artikelen 98 en 100 tot en met 104, zijn vernietigbaar, indien de erfflater overlijdt meer dan zes maanden nadat voor hem de mogelijkheid is geëindigd, een uiterste wil te maken op een van de in die artikelen genoemde wijzen.’*

De ‘reguliere’ noodtestamenten moeten dus nadat de ‘nood-situatie’ is opgeheven binnen zes maanden met nog een mogelijke verlenging van een maand,<sup>8</sup> worden geformaliseerd volgens de eisen gesteld aan een notarieel testament. Skypetestamenten blijven echter onbeperkt geldig. Meer dan de opmerking dat het hier om volwaardige testamenten gaat, lezen we niet terug in de parlementaire geschiedenis.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Zie ook P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, ‘De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid: de notariële akte – over telepasseren en quasi-comparanten’, *FTV* 2020/3, p. 17.

<sup>8</sup> Art. 4:107 lid 2 BW.

<sup>9</sup> Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 35434, nr. 8 (Verslag). Zie in dit verband ook P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, ‘De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid: de notariële akte – over telepasseren en quasi-comparanten’, *FTV* 2020/3, p. 20.

## 4. Wenselijkheid van art. 26 Tijdelijke wet COVID-19

De vraag is wat de Tijdelijke wet COVID-19 brengt voor de testamentenpraktijk.

Ik denk dat het juist is te constateren dat de bestaande wetgeving betreffende noodtestamenten in coronatijden weinig hulp biedt. Als bijvoorbeeld de notaris niet bij de cliënt kan of mag komen dan kunnen de in art. 4:102 BW genoemde personen dit ook niet. Art. 26 Tijdelijke wet COVID-19 biedt dan uitkomst. Maar is hetgeen in art. 26 Tijdelijke wet COVID-19 wel veilig genoeg? Ik zie een aantal bezwaren:

1. Kan aan het vereiste van tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen wel worden voldaan? Een haperende zoom- of skypeverbinding garandeert niet voldoende dat de notaris kan vaststellen wat de wil van de testateur is. Daarnaast is het ook de vraag of de notaris wel in ‘topvorm’ is bij het houden van de digitale bespreking. Inmiddels heb ik via verschillende gremia op verschillende wijzen digitaal vergaderd, zittingen gehouden, besprekingen gevoerd, maar het blijft behelpen. Zelfs met de beste techniek. Mogelijk is echter dat koudwatervrees en wordt wat besprekingen betreft dit wel de gewenste vorm van communiceren. In die zin denk ik dat corona wel een grote sprong voorwaarts betekent en dat in ieder geval bij het voorbereiden van akten de audiovisuele middelen een grote sprong voorwaarts hebben gemaakt.
2. De minister heeft er bij de totstandkoming van de wet overigens uitdrukkelijk op gewezen dat de notaris verantwoordelijk is voor een zorgvuldige en juiste toepassing van art. 26 Tijdelijke wet COVID-19. Overigens wel met daaraan toegevoegd ‘tegen de achtergrond van de coronacrisis’. De notaris blijft gebonden aan zijn gebruikelijke zorgplichten bij het verlijden van akten. Hij blijft onverkort civielrechtelijk en tuchtrechtelijk aansprakelijk voor eventuele gebreken in zijn dienstverlening.<sup>10</sup>
3. Bij zieke testateurs, bijvoorbeeld met corona besmette patiënten die onder de medicatie zitten, zoals morfine, is het moeilijk de wilsbekwaamheid vast te stellen. Dat geldt natuurlijk altijd, maar dit wordt niet gemakkelijker te constateren via audiovisuele middelen. De notaris heeft zijn protocol bij wilsonbekwaamheid, maar het is niet eenvoudig dat op dezelfde wijze uit te voeren als met ‘live’ contact en wat te denken van het werk van de VIA-arts? Kan deze in coronatijd zijn werk wel doen?
4. Wordt de testateur niet beïnvloed door mensen die zich in de kamer bevinden en is überhaupt wel te controleren of er zich mensen in de kamer bevinden? Een oplossing zou zijn het maken van een filmpje of een video-op-

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35434, nr. 9, p. 2 (Brief van de minister). Zie ook P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, ‘De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid: de notariële akte – over telepasseren en quasi-comparanten’, *FTV* 2020/3, p. 19-20.

name, maar ook daarmee kan gemakkelijk gefraudeerd worden.

5. Moeten er bij Skypetestamenten altijd getuigen aanwezig zijn? Dezen zullen zich dan in de kamer van de notaris moeten bevinden, eveneens met een beperkte blik. Hebben zij dan wel toegevoegde waarde?
6. Waarom onbeperkte geldigheid? Zoals uit het bovenstaande blijkt, zie ik toch wel wat 'haakjes'. Is het niet veel logischer om bij art. 4:107 BW aan te sluiten en de geldigheidsduur van de testamenten te beperken?

Het zou mij gezien mijn bovenstaande bezwaren of gesignaleerde knelpunten niet verbazen als in de toekomst, als we de coronacrisis achter ons hebben gelaten, het laatste woord over de Skypetestamenten nog niet is gezegd. Met name het vaststellen van de wilsbekwaamheid lijkt mij een lastig punt. Uit de verhalen uit de 'frontlinie' horen we hoe mensen in alle opzichten geraakt worden en de vraag rijst dan ook of dat ook niet doorsijpelt in de uiterste wil. Daarom is het volgens mij jammer dat ook tegen het advies van diverse deskundigen<sup>11</sup> de Skypetestamenten onbeperkt geldig blijven. Op de korte termijn lijkt dat misschien een economisch verantwoorde beslissing, op de lange termijn lijkt mij dat juist een dure oplossing. Door het aantasten

van testamenten zullen procedures gevoerd gaan worden, wat veel geld gaat kosten en de rechterlijke macht extra belast.

## 5. Wat dan?

In hun artikel in het *FTV*<sup>12</sup> noemen Blokland en Stollenwerck het telepasseren, zoals zij het passeren van een Skypetestament noemen, een ultimum remedium.<sup>13</sup> Ook de minister benadrukt in zijn eerder genoemde brief dat het Skypetestament pas aan de orde mag komen als alle andere mogelijkheden zijn uitgeput. Ik ben het daar geheel mee eens. Iedereen moet een testament kunnen maken, maar ergens zijn er grenzen. Hoe moeilijk dat ook is. Liever geen testament dan een verkeerd testament...

### Over de auteur



**Prof. mr. T.J. (Tea) Mellema-Kranenburg**  
Hoogleraar familievermogensrecht Universiteit Leiden, notaris bij VerheesNotarissen te Katwijk.

<sup>11</sup> Zoals de Wetenschappelijke Advies Raad van de EPN en diverse notariële hoogleraren. Zie ook het eerder geciteerde artikel: P. Blokland e.a., 'Coronacrisis: nood eist wet!', *FTV* 2020/2.

<sup>12</sup> P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, 'De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid: de notariële akte – over telepasseren en quasi-comparanten', *FTV* 2020/3, p. 18.

<sup>13</sup> Zie ook Kluwer Modellen voor de Rechtspraak, nr. 1.4.4.4.10.